

## Bibliografia

- 1 – BACHION, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Atlântida Editora. Tradução e nota prévia de José Manuel Nogueira da Costa, p. 6.
- 2 – COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción Al Estudio Del Proceso Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, Segunda Edición, p. 76.

## A Inadmissibilidade do Uso no Processo da Prova Obtida por Meios Ilícitos (Art. 5º, Inciso LVI, CF)

Sebastião José Lessa\*

### I. Considerações Preliminares

O comando – de dignidade constitucional – que inadmite o uso no processo da prova obtida por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, CF), a bem dizer, tem merecido inúmeros e fecundos estudos, como atestam os valorosos trabalhos doutrinários de José Carlos Barbosa Moreira, *O processo penal norte-americano e sua influência*, Revista Jurídica Consulex, Ano VI, 135, 31/08/02; Luiz Flávio Gomes, *Interceptação Telefônica*, Ed. RT, SP, 1997; e Ricardo Raboneze, Ed. Síntese, RS, 4ª edição.

Da mesma forma, o tema foi amplamente debatido quando do julgamento no colendo Supremo Tribunal Federal, da AP 307-3/DF, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/95.

Corolário do *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, CF), registra a Carta Política como *garantia dos direitos fundamentais* que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inciso LVI, CF).

E protegendo a *intimidade*, estabeleceu que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (grifei) (art. 5º, inciso XII, CF).

Por sua vez, a Lei 9.296/96, regulamentadora do dispositivo constitucional, assentou no parágrafo único do art. 2º que “Em qualquer hipótese deve ser *descrita com clareza a situação objeto da investigação*, inclusive com a *indicação e qualificação dos investigados*, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.” (grifei)

A par de constatar o cuidado do legislador no sentido de evitar as abusivas “devassas”, da leitura de tais dispositivos, resulta claro que a interceptação tele-

\*Conselheiro da ADPF – Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal.

fônica *de pessoa não indicada e qualificada na prévia investigação* constitui-se, a mais não poder, na quebra de um direito fundamental, com manifesta *violação da privacidade*, situação que justifica, inclusive, a impetração do *mandamus* (art. 5º, inciso LXIX, CF).

E não cabe apontar, como excludente, a ressalva da lei que cuidou da impossibilidade manifesta da qualificação do investigado, posto que tal circunstância, como é correntio, *deve ser devidamente justificada*, e em casos excepcionais, quando não se conhece a identidade física do investigado.

A matéria, ressalte-se, de conteúdo relevante, vem ademais provocando dissidências diante dos sucessivos acontecimentos relacionados com o que a doutrina rotulou de “encontro fortuito” *de outros crimes ou de outros envolvidos*, ou como classifica Damásio E. de Jesus, de “novação do objeto da interceptação” ou “resultado diverso do pretendido” (RT 735/467), e mormente quando se cogita da intitulada *prova emprestada*, ainda que obtida através de interceptação telefônica no rastro do que preceitua o art. 5º, inciso XII, da Carta Política, dispositivo regulamentado pela Lei 9.296/96.

A demanda ganha maior relevo na hipótese de ocorrência, mesmo no curso de regular procedimento de interceptação telefônica (art. 2º, parágrafo único, Lei 9.296/96), do que a doutrina, repita-se, classifica de “encontro fortuito” *de outros crimes ou de outros envolvidos*, tema abordado pelo Prof. Luiz Flávio Gomes em sua obra *Interceptação Telefônica*, Editora RT, SP, p. 192.

Merece anotar, por oportuno, que a possibilidade da utilização da interceptação telefônica, para fins de investigação criminal, prevista no inciso XII, *in fine*, do art. 5º da Carta Política, provocou, como é cediço, *antes da edição da Lei 9.296/96*, fundadas divergências no campo da doutrina e da jurisprudência, e diante de inúmeros casos concretos, onde se discutiu ser ou não auto-aplicável a norma constitucional, ou então acerca da necessidade da norma regulamentadora, na impossibilidade da aplicação da teoria da recepção, tudo para legitimar a interceptação telefônica, eventualmente obtida à luz do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62 – art. 57).

Na ocasião, a questão foi afinal dilucidada pela colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 74.586-5, maioria, Relator o Ministro Marco Aurélio (*DJ* 27/04/01), restando então firmado que: “não é auto-aplicável o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional.” (Cf.: Luiz Flávio Gomes, obra citada, p. 82).

Nesse contexto, e após o advento da Lei 9.296/96, e com o surgimento do intitulado “encontro fortuito” *de outros crimes ou de outros envolvidos*, tem-se

pretendido apontar como solução para o desate, o uso da nominada *prova em-prestada*, solução que, todavia, tem enfrentado obstáculos na hipótese de ter sido produzida com *inobservância do contraditório* e do *princípio do juiz natural* (STF, HC 78749/MS, DJ 25/06/99; STF, HC 67.707/RS, DJ 14/08/92; STJ, HC 14274/PR, DJ 04/06/01; TRF-1ª Região, AC 95.01.36237-0/MG, DJ 1º/07/98; TJDF, APR 2000.01.3.0013755, DJ 06/06/01).

Com efeito, a matéria é bastante ampla em seus desdobramentos, portanto, não se pretende, como é óbvio, o esgotamento do tema.

Dito isto, passemos ao sintetizado estudo.

## II - A regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e a respectiva ressalva (art. 5º, inciso XII, da CF e a Lei 9.296/96)

De fato, a regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas sofre abrandamento *nas hipóteses elencadas na lei*, posto que as garantias fundamentais do homem, como apontam doutrina e jurisprudência, não podem servir de apanágio à desordem, ao caos, à subversão da ordem pública (Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 115; STJ, HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 26/02/96).

A *interceptação telefônica* já mereceu inúmeras considerações doutrinárias, merecendo destaque as anotações de Uadi Lammêgo Bulos, ao ensejo do art. 5º, inciso XII, da Carta Política:

f) Quando a gravação telefônica é lícita ou ilícita

Com base no dispositivo constitucional em estudo, podemos enumerar sete passos que ajudarão a saber se a gravação telefônica é lícita ou ilícita:

1º) não constitui delito a gravação feita por uma das pessoas que estiver conversando ao telefone, como outro interlocutor, para obter a prova de um crime. Nesse caso, não se exige autorização judicial;

2º) mas, se um terceiro gravar ou interceptar uma conversa entre duas outras pessoas, cometerá crime, ainda que seja de um parente, de um amigo, de um companheiro bem próximo ou de um familiar íntimo. Trata-se de ato ilícito, que pode sujeitar o seu autor a uma pena de reclusão de dois a quatro anos;

3º) durante a investigação de um crime, a autoridade policial poderá gravar conversas telefônicas entre duas ou mais pessoas, desde que esteja munida de ordem do juiz;

4º) todavia, se a polícia, ao realizar o trabalho de investigação do delito, gravar conversas telefônicas sem ordem judicial, cometerá ato ilícito;

5º) pessoas jurídicas, v.g., empresas, escritórios comerciais etc. podem gravar os telefonemas de seus funcionários, desde quando eles sejam devida-

mente comunicados desse procedimento;

6º) a gravação telefônica de conversas ou diálogos sobre assuntos gerais por um dos interlocutores não é crime;

7º) porém, se um dos interlocutores, ao gravar a conversa telefônica, invadir a esfera pessoal do outro estará agredindo a intimidade alheia, considerada inviolável pela Constituição. Nesse caso, cumprirá ao magistrado, se devidamente provocado, decidir acerca do direito à indenização pelo dano material ou moral (art. 5º, X). (*Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 120).

### III - A questão do “encontro fortuito” de outros crimes ou de outros envolvidos

Bastante pertinente para o tema em debate, o trabalho doutrinário de Luiz Flávio Gomes, ao comentar o art. 2º e seu parágrafo único da Lei 9.296/96 (*Interceptação Telefônica*), quando tratou da *questão do “encontro fortuito” de outros crimes ou de outros envolvidos*:

Da decisão judicial que determina a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos, ambos previstos no art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96: a) *descrição com clareza da situação objeto da investigação*; b) *indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos)*. Fala-se em parte objetiva (fática) e subjetiva da medida cautelar. A lei, com inteira razão, *preocupou-se com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa a ser investigada*. Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da “situação objeto da investigação”. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. Estamos diante do que a doutrina denomina de “encontro fortuito” (*hallazgos fortuitos*) ou *descubrimientos casuales* ou *descubrimientos accidentales* ou, como se diz na Alemanha, *Zufallsfunden*. Damásio E. de Jesus ainda menciona: conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido. (grifei) (*Interceptação Telefônica*, Ed. RT, SP, 1997, p. 192)

O citado autor apontou a doutrina, inclusive estrangeira: Tomás López Fragoso, Revista do Instituto Batolomé de las Casas, ano I, out/93 a mar/94, 2, Universidade Carlos III, Madri, p. 82; Damásio E. De Jesus *in Interceptação de Comunicações Telefônicas*, RT 735/458; Antônio Pablo Rives Seva, *in Revista Actualidad Penal, La Ley-Actualidad*, Madri, 32/4, setembro de 1995, p. 557.

A questão central no “encontro fortuito”, segundo Luiz Flávio Gomes, versa sobre a *validade da prova*, “*é dizer, o meio probatório conquistado com a interceptação telefônica vale também para os fatos ou pessoas encontradas fortuita-*

mente?”

Respondendo a indagação, anota o autor:

Na doutrina nacional, neste assunto, já se entrevê divergência: Damásio E. de Jesus entende que *o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese*. Vicente Greco Filho adota o critério da *conexão, continência e concurso de crimes*. Como vimos, cremos que o critério da conexão seja válido para resolver a questão. Mas só nas hipóteses de conexão e continência (estritamente interpretadas) é que a prova seria válida. No nosso entendimento, não parece acertada a ampliação para qualquer hipótese de decurso de crimes. Em muitas ocasiões, no concurso material, por exemplo, não contaremos com nenhum tipo de conexão. (grifei)

E mais adiante arremata o autor:

O critério da *conexão* ou *continência*, como se vê, por si só, é adequado para a solução do problema do encontro fortuito. Não é de se cogitar, portanto, de extensão ou ratificação *a posteriori* pelo juiz. Isso não existe no nosso Direito, que adotou o critério da verificação *a priori*. (grifei) (obra citada, p. 195)

Acerca do tema, e buscando equacionar a controvérsia, Damásio E. de Jesus, em artigo publicado na Revista dos Tribunais 7305, p. 467, orienta, diante do *encontro fortuito*:

Nesse caso, a autoridade policial ou o MP *deve solicitar nova diligência visando à investigação do outro delito*. Como diz Luiz Vicente Cernicchiaro, a prova só pode ser utilizada na hipótese mencionada na solicitação, “ou seja”, ela é “imprestável para outro inquérito ou outro processo”. (grifei) (Boletim do IBCCrim, SP, 47/3).

Convém acrescentar que, segundo lição de Luiz Flávio Gomes, o “encontro fortuito”, em verdade, poderá ser válido como prova, nas hipóteses de *conexão e continência* (estritamente interpretadas) (Obra citada, p. 195).

E para acender o debate, merece atenção o entendimento sufragado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, ao rechaçar a inadmissibilidade da interceptação telefônica para delitos apenados com detenção (art. 2º, inciso III, Lei 9.296/96), pôs em relevo o critério da *conexão*:

7) Inadmissibilidade da interceptação telefônica para delitos apenados com detenção.

Alega-se que o art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/96 não admite interceptações telefônicas para delitos apenados com detenção. Contudo, a maioria dos delitos supostamente elucidados durante as interceptações, e que deram origem à ação penal instaurada contra os pacientes, são punidos com essa modalidade de pena privativa de liberdade.

O art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/96 assim disciplina a questão:

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 16, n. 4, abr. 2004

“Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

(....)

III. o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

Pelo exame do feito, sobressai que a escuta foi determinada para a obtenção de provas relativas aos crimes punidos com reclusão.

Como ressaltado pelo juiz de 1º grau, se os pacientes fizeram prova, nos diálogos gravados, de outros crimes, não há motivo para a anulação de toda a escuta.

Assim, se no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, ainda mais diante da possibilidade da existência de outras provas hábeis a embasar futuras condenações, do que não se perquire por ora.

Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao juiz da causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre eventual condenação do réu, sob pena de confirmar-se uma absolvição sumária do acusado sem motivação para tanto. (STJ, 5ª Turma, RHC 13.274 RS, un., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 29/09/03).

#### IV - O dimensionamento da prova emprestada

Discute-se, com polêmicos argumentos, e em razão da regra prevista no inciso LVI do art. 5º da CF, acerca da possibilidade de transferir – a título de *prova emprestada* –, conteúdo de *interceptação telefônica* obtida em processo no qual o imputado não fora parte.

Indaga-se, então, se a *interceptação telefônica*, mesmo manejada à luz da Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF, obtida em autos de processo crime *onde o imputado não fora parte*, pode ser utilizada contra este, *como prova emprestada*, e ainda *que não guarde nenhum elemento de conexão* com o anterior processo.

Com efeito, em tema de *prova emprestada*, colhe-se de decisões do colendo Supremo Tribunal Federal, a visível preocupação em *preservar as garantias e liberdades públicas*:

Ementa:

*I. Prova emprestada e garantia do contraditório.*

*A garantia constitucional do contraditório* – ao lado, quando for o caso, do *princípio do juiz natural* – é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada contra quem se pretenda fazê-la



valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. ....” (grifei) (HC 78749-MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 25/06/99).

(....)

*Prova emprestada. Inobservância da garantia do contraditório. Valor precário. Processo penal condenatório.*

A *prova emprestada*, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio do contraditório. ....” (grifei) (HC 67707-RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 14/08/92)

Ainda de *prova emprestada*, a colenda Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade:

A *prova emprestada*, que é a realizada com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, e por isso é qualificada como *prova ilícita*, não se presta para embasar sentença penal condenatória. .... (grifei) (HC 14274-PR, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, *DJ* 04/06/01).

Na mesma linha de entendimento, ou seja, só reconhecendo validade da prova emprestada, quando presente, na origem, a observância do contraditório, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região também assim tem assentado:

É válida a prova pericial emprestada de outro processo, quando realizada no mesmo local, com a participação da parte contra quem deva operar, a propósito de tema sob o qual houve contrariedade. .... (RO 90.01.05655-5-DF, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, *DJ* 05/09/94)

Precedentes: TRF 1ª Região, AC 94.01. 09201-0/MG, Rel. Juiz Aloísio Palmeira, *DJ* 03/06/96; AC 930116107-9/MG, Rel. Juiz Olindo Menezes, *DJ* 20/03/98; AC 95.01.36237-0/MG, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, *DJ* 1º/07/98.

O egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim também tem decidido, ou seja, reconhecendo validade na *prova emprestada* quando, na origem, colhida com observância do *contraditório*:

(....)

II- Não estando comprovado durante a instrução do processo que a conduta do apelante tenha sido a causa eficiente do resultado letal, manter a condenação baseada exclusivamente em *prova emprestada*, extraída de outros autos, e em elementos *colhidos inquisitorialmente*, é o mesmo que, por via oblíqua, prestar jurisdição sem o devido processo legal. .... (APR 2000.01.3.0013555, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. José Divino de Oliveira, unânime, *DJ* 06/06/01).

Precedentes: TJDF, APC 2001.01. 1.0483749, 2ª Turma JECC, Rel. Juiz Benito Augusto Tiezzi, unânime, *DJ* 08/08/02; APC 48214/98, 5ª Turma Cí-  
Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 16, n. 4, abr. 2004

vel, unânime, Rel. Des. Dácio Vieira, *DJ* 27/10/99; AGI 2001.00.2.0050708, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Estevam Maia, *DJ* 19/06/02.

Pelo que se constata, a prova emprestada só merece prestígio quando colhida sob o pálio do *contraditório* e do *princípio do juiz natural*.

E aqui, pede-se vênia para lembrar que mesmo em se considerando a incidência do *contraditório (diferido)*, recomenda-se a intervenção da defesa “após a coleta do material objeto da interceptação, isto é, depois da produção do documento (contraditório diferido)” (Damásio E. de Jesus, *Interceptação de Comunicações Telefônicas – Notas à Lei 9.296/96*, Revista dos Tribunais, 735/49)

Colhe-se mais do citado trabalho:

Seria infrutífera a busca da prova se, solicitada a medida, fosse intimada a defesa. Cuidando-se de inquérito policial, de natureza inquisitiva e sigilosa, convém que se dê ciência à defesa, se já presente no procedimento, depois da citação do réu. Nesse último sentido: Ada Pellegrini Grinover (painel referido). Antônio Scarance Fernandes, porém, entende que, realizada a diligência durante o inquérito policial, a defesa tem o direito de acompanhar a investigação, não sendo correto que só tome conhecimento da prova depois da citação do acusado (pronunciamento no painel referido). .... (RT 735/469).

#### IV.a. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Neste ponto, torna-se prudente advertir, em tema de *prova emprestada* e na linha da corrente doutrinária que advoga – com temperamento – a tese da *proporcionalidade (teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses)* (Ada Pellegrini Grinover, *in As nulidades no processo penal*, Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 115), que:

deve haver um limite de aplicação da teoria da proporcionalidade, em se levando em conta a sua admissibilidade no sistema pátrio, sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional vedatório de uso processual das provas ilicitamente obtidas. (Cf.: Ricardo Raboneze, *Provas obtidas por meios ilícitos*, Ed. Síntese, RS, 4ª ed., 2002, p. 28).

Aponta mais a doutrina: “O Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o HC 75.338-8 – Rio de Janeiro – com apoio na lição de Benda e Xynopoulos, anota que a proporcionalidade deve ser considerada levando em conta o caso concreto, ministrando que ‘....o problema está em identificar por onde corre a linha .... entre lo autenticamente privado ....’ e os demais interesses protegíveis ....” (STF, HC 75338-8-RJ, *DJ* 25/09/98) (Ricardo Raboneze, obra citada, p. 27).

Ademais, cumpre assinalar que a carga de subjetivismo em torno da preva-



lência dos interesses em confronto, em cada caso concreto, em verdade, são fatores intangíveis e que estarão a enfraquecer a tão almejada segurança e estabilidade das relações jurídicas, ainda mais para os que “vêm no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso, para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias” (Ricardo Raboneze, obra citada, p. 30).

E arrematando, aduz o autor, com acurada precisão:

“Indubitavelmente”, diz ele, “existe o perigo, na definição da *fattispecie* singular, de que os juízes venham a orientar-se, somente, com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral”. *De outro lado, insiste, “não se deve esquecer que se trata de uma ‘regra de exclusão’ que não prescinde da existência de um critério geral.”* (Obra citada, p. 30).

Concluindo, é de bom alvitre ressaltar que a aferição da licitude da prova, por *casuísmo*, a par de nada contribuir para a segurança e estabilidade das relações jurídicas, restará fragilizada quando manejada *no amplo campo do subjetivismo*, como no exemplo em que a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu a prova ilícita, com base na relação custo/benefício, isto é, por entender-se que “o dano causado pela violação era sensivelmente menor que o ganho trazido pela prova” (J. C. Barbosa Moreira, *Consulex*, 135, p. 38).

## V - Conclusão

Diante de tais considerações, hauridas da doutrina e da jurisprudência, conclui-se:

a) que o assegurado direito de *inviolabilidade* do sigilo das comunicações telefônicas, de dignidade constitucional, só pode ceder lugar, por *ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer* para fins de *investigação criminal* ou *instrução processual penal* (art. 5º, inciso XII, CF);

b) que a Lei 9.296/96 – regulamentadora do inciso XII do art. 5º da CF – estabeleceu no parágrafo único do art. 2º que “em qualquer hipótese *deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados....;*”

c) que a interceptação telefônica *de pessoa não indicada e qualificada* na prévia investigação ou processo crime (parágrafo único, art. 2º, Lei 9.296/96) constitui-se, iniludivelmente, na *quebra de um direito fundamental*, com manifesta *violação da privacidade*, tudo em desacordo com o *due process of law* (art. 5º, inciso LIV, CF);

d) que eventual elemento de convicção colhido nessa circunstância, em verdade, restará contaminado de eiva inarredável, incapaz de produzir efeito válido

no processo (art. 5º, inciso LVI, CF);

nesse caso, a autoridade policial ou o MP deve solicitar nova diligência visando à investigação do outro delito (Cf.: Luiz Vicente Cernicchiaro, Boletim do IBCCrim, SP, 47/3; Damásio E. de Jesus, RT 735/467);

e) que o uso como *prova emprestada* do intitulado “encontro fortuito” *de outros crimes ou de outros envolvidos*, resultante de interceptação telefônica, inserida em outro processo (*estranho à parte contra a qual se pretende utilizá-la e sem nenhum vínculo de conexão*) tem enfrentado fundados obstáculos na hipótese de ter sido produzida a prova com *inobservância do contraditório e do princípio do juiz natural* (STF, HC 78749-MS, DJ 25/06/99; STF, HC 67.707-RS, DJ 14/08/92; STJ, HC 14274-PR, DJ 04/06/01; TRF, 1ª Região AC 95.01.36237-0-MG, DJ 1º/07/98; TJDF, APR 2000.01.3.0013755, DJ 06/06/01);

f) que deve haver um razoável limite na aplicação do princípio da *proporcionalidade (teoria do balanceamento ou da preponderância do interesse)* – tese esplanada por Ada Pellegrini Grinover, in *As nulidades no processo penal*, Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 115, e suscitada quando do julgamento no colendo STF, HC 75338-8-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 25/09/98 – *sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional vedatório de uso processual das provas ilicitamente obtidas*. (Cf.: Ricardo Raboneze, *Provas obtidas por meios ilícitos*, Ed. Síntese, RS, 4ª ed., 2002, p. 28);

g) na aplicação do princípio da *proporcionalidade*, pondera a doutrina que: “existe o perigo, na definição da *fattispecie* singular, de que os juízes venham a orientar-se, somente, com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral”. *De outro lado, insiste, não se deve esquecer que se trata de uma “regra de exclusão que não prescinde da existência de um critério geral.”* (Obra citada, p. 30).